

# LA PRUEBA JUDICIAL

## Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal

---

*Adolfo Alvarado Velloso*



---

*Colección Textos de Jurisprudencia*



# **La prueba judicial**

Reflexiones críticas sobre la  
confirmación procesal

**Adolfo Alvarado Velloso**



COLECCIÓN TEXTOS DE JURISPRUDENCIA

©2010 Editorial Universidad del Rosario  
©2010 Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario,  
Facultad de Jurisprudencia  
©2010 Adolfo Alvarado Velloso  
©2010 Gabriel Hernández Villareal, por la presentación

ISBN: 978-958-738-110-8

Primera edición: Bogotá D.C., mayo de 2010  
Revisión ortotipográfica: María José Molano  
Diagramación: Angélica Quinche Ramírez  
Diseño de cubierta: Lucelly Anaconas  
Impresión:  
Editorial Universidad del Rosario  
Carrera 7 No. 13-41 oficina 501 Tel.: 297 0200, Ext. 7724  
[www.editorial.urosario.edu.co](http://www.editorial.urosario.edu.co)

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser  
reproducida sin el permiso previo escrito de la  
Editorial Universidad del Rosario.

---

Alvarado Velloso, Adolfo  
La prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la  
confirmación procesal / Adolfo Alvarado Velloso.  
Facultad de Jurisprudencia. Bogotá:  
Editorial Universidad del Rosario, 2010.  
180 p.—(Colección Textos de Jurisprudencia)

ISBN: 978-958-738-110-8

Derecho Probatorio / Derecho Procesal / Prueba (Derecho) /  
Evidencia (Derecho) / I. Título / II. Serie.  
347.06 SCDD 20

---

Impreso y hecho en Colombia  
*Printed and made in Colombia*

# CONTENIDO

## Presentación

Por Gabriel Hernández Villareal .....	xi
1. El concepto de confirmación y su relación con el vocablo prueba .....	1
2. Los problemas filosófico-políticos de la confirmación .....	9
2.1. La política legislativa en cuanto a la confirmación procesal .....	9
2.2. La actividad del juzgador en la etapa confirmatoria.....	14
3. Los problemas técnicos de la confirmación procesal .....	23
3.1. El objeto de la confirmación (o de la prueba) <i>(qué puede ser confirmado)</i> .....	23
3.2. El tema de la confirmación (o de la prueba) <i>(qué debe ser confirmado)</i> .....	24
3.3. La fuente de la confirmación (o de la prueba) <i>(de dónde se extrae la confirmación)</i> .....	31
3.4. La incumbencia de la confirmación (o de la prueba) <i>(quién debe confirmar)</i> .....	33

3.5. Los medios para confirmar ( <i>cómo se confirma</i> ) .....	51
3.5.1. Los medios de confirmación en general .....	53
3.5.1.1. La comprobación (o prueba propiamente dicha) .....	53
3.5.1.2. La acreditación.....	55
3.5.1.2.1. El instrumento .....	57
3.5.1.2.2. El documento .....	58
3.5.1.2.3. El monumento .....	58
3.5.1.2.4. El registro .....	59
3.5.1.3. La mostración.....	60
3.5.1.4. La convicción .....	62
3.5.1.4.1. La confesión (en general)...	63
3.5.1.4.2. El juramento .....	69
3.5.1.4.3. El peritaje de opinión (en general) .....	71
3.5.1.4.4. El testimonio (en general) ..	74
3.5.1.4.5. El indicio y la presunción (en general) .....	80
3.5.2. Los medios de confirmación en particular .....	84
3.5.2.1. La “prueba” de confesión (en particular).....	85
3.5.2.1.1. Los requisitos de la confesión.....	86
3.5.2.1.2. La retractación de la confesión.....	90
3.5.2.1.3. La valoración judicial de la confesión.....	91

3.5.2.1.4. La absolución de posiciones.....	95
3.5.2.2. La “prueba” de documentos (en particular) .....	98
3.5.2.2.1. Los requisitos de la prueba documental.....	99
3.5.2.2.2. El valor confirmatorio del documento .....	101
3.5.2.3. La “prueba” de peritos (o <i>peritaje</i> ) (en particular) .....	105
3.5.2.3.1. Los requisitos de la prueba de peritos.....	109
3.5.2.4. La “prueba” de testigos (en particular).....	111
3.5.2.4.1. Los requisitos de la prueba de testigos.....	118
3.5.2.5. La “prueba” de informes.....	122
3.5.2.5.1. Los requisitos de la prueba de informes.....	122
3.5.2.6. La “prueba” de indicios y presunciones.....	124
3.5.2.6.1. Los requisitos de la prueba de indicios y presunciones .....	124
3.5.2.7. La “prueba” de inspección o de reconocimiento judicial.....	126
3.5.2.7.1. Los requisitos de la “prueba” de inspección judicial .....	127
3.6. El procedimiento confirmatorio ( <i>cuándo se confirma</i> ) .....	128

3.6.1. Las etapas del procedimiento confirmatorio .....	130
3.6.1.1. La subetapa de <i>ofrecimiento</i> de los medios de confirmación .....	130
3.6.1.2. La subetapa de <i>aceptación</i> de los medios ofrecidos.....	138
3.6.1.3. La subetapa de <i>admisión judicial</i> de los medios ofrecidos.....	139
3.6.1.4. La subetapa de <i>producción</i> de los medios admitidos .....	143
3.7. La etapa de alegación acerca de los medios confirmatorios producidos .....	144
3.7.1. Evaluación por las partes litigantes acerca de los medios producidos .....	146
3.7.2. Evaluación por el juez acerca de los medios producidos (qué valor tiene la confirmación) .....	148
3.7.2.1. Sistema de la tasación o de preordenación por la ley del valor de cada medio particular .....	149
3.7.2.2. Sistema convictito .....	151
4. Conclusiones finales.....	157



## Presentación

Producto de la generosidad que lo caracteriza, en esta ocasión el prestigioso profesor Adolfo Alvarado Velloso, presidente del Instituto Panamericano de Derecho Procesal y director de la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina, le entrega a la comunidad jurídica colombiana su destacada obra sobre La prueba judicial, en cuyo epígrafe deja en claro que se trata de unas *reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*.

Este último aspecto es de particular relevancia pues con base en él de entrada advertimos que no estamos en presencia de otro texto más que se ocupa de repetir los tradicionales temas que suelen ventilarse en materia probatoria, sino que sin perjuicio de que también se exponga lo atinente a cada uno de los medios de prueba y los diversos sistemas que se emplean para su valoración, lo novedoso e interesante de este escrito radica en que su autor –quien en Latinoamérica es el más conspicuo abanderado de lo que se denomina *garantismo procesal*–, con una redacción impecable y en un lenguaje claro que resulta amable para el lector, defiende su tesis según la cual, si el proceso es un método neutro de debate, y no una meta por lograr, el objeto de la labor probatoria no puede estar encaminado “... a la búsqueda de la verdad última de las cosas sino al simple convencimiento del juez que debe resolver el litigio”, por lo que si el juzgador tiene que actuar con absoluta imparcialidad en lo que a procesar y sentenciar se refiere, entonces y “en virtud de ello debe abstenerse de efectuar toda y cualquier labor de naturaleza probatoria”.

Esta postura, que difiere del enfoque que prohijan quienes están alineados con la llamada tendencia publicística,

*activista judicial*<sup>1</sup> o socializadora, de inmediato convierte al maestro Alvarado Velloso en un disidente del derecho procesal. Sin embargo, debido a la fortaleza de su pensamiento y a lo cautivante de la argumentación en que se funda, dicha disidencia está cada vez más robustecida en la medida en que él ha creado toda una escuela alrededor del garantismo procesal, la cual cuenta con un amplio número de discípulos de distintos países que crece y se multiplica rápidamente.<sup>2</sup>

Ahora bien, la defensa de sus postulados está cimentada en una sólida base constitucional, puesto que, en su concepto, si la carta política nos confiere a los asociados la garantía del debido proceso, no es factible aceptar entonces que el juez, en aras de lograr en todos los casos la *justicia* y la *verdad* real, despliegue unos poderes de investigación que son propios del sistema inquisitivo, y por esa vía no sólo vulnere la igualdad de las partes sino que además se despoje de la imparcialidad que debe tener

---

<sup>1</sup> Para ilustrar con un ejemplo la visión que en torno a estos temas maneja el grueso de la doctrina y la jurisprudencia en Colombia, basta recordar lo dicho por la Corte Constitucional en el sentido de que “El juez debe parcializarse en favor de la verdad, manteniendo enhiesta e incólume su imparcialidad en la aplicación de la ley sustancial al caso concreto (...) En síntesis, el decreto oficioso de pruebas, en materia civil, no es una atribución o facultad potestativa del juez: es un verdadero deber legal. En efecto, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente siempre que, a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que éstas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; cuando la ley le marque un derrotero a seguir; o cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material”. (Sentencia T-264 de abril 2 de 2009, magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva)

<sup>2</sup> De esa escuela también forman parte los reputados juristas Juan Montero Aroca, Franco Cipriani, Girolamo Monteleone, Luis Correia de Mendonça, Eugenia Ariano Deho y Federico G. Domínguez, entre muchos otros destacados cultores del derecho procesal.

siempre en su condición de tercero *impartial*<sup>3</sup> e independiente llamado a resolver heterocompositivamente el litigio.

Dentro de este contexto, el autor se preocupa por exponer con minuciosidad científica lo relativo a la prueba judicial, mas no lo hace desde una perspectiva insular como si se tratara de una rama del derecho inconexa, autorreferencial o aislada del resto del ordenamiento jurídico, sino que la trata como parte integrante de todo un sistema procesal cuyo diseño intenta él que funcione de la manera más objetiva posible, con el fin de “hacer siempre predecible la respuesta jurisdiccional y, así, mejorar a la postre la labor abogadil”.

En esa tarea, la obra jurídica que hoy presentamos comienza por dejar en claro que el vocablo prueba tiene un carácter multívoco y que en razón a ello se genera equivocidad en el intérprete. En efecto, y como lo destaca el autor, mientras en un escenario de la más pura estirpe científica esa palabra designa una aseveración incontestable, y por ende no opinable, en otros campos, permeados en mayor o menor medida por un componente de subjetividad del que carece aquél, la misma palabra puede significar acreditación, verificación, comprobación o convicción, no obstante que cada una de ellas tiene un alcance distinto que en rigor no permite estimarlas como sinónimas.

---

<sup>3</sup> En la concepción de Alvarado Velloso, la discusión que las partes tienen dentro de un proceso se efectúa en forma dialogal y dialéctica ante un tercero (juez), que en su carácter de autoridad: a) es *impartial*, es decir, no ostenta la calidad de pretendiente ni la de resistente, y por tanto no puede ni debe hacer las tareas propias de la parte; b) es *imparcial*, esto es, no tiene interés personal en el resultado del conflicto, y c) es *independiente*, lo que significa que no está en una situación de obediencia debida respecto de alguna de las partes en conflicto.

Precisamente y debido a esa circunstancia el profesor Alvarado Velloso se abstiene de emplear la palabra prueba, y en su lugar acude al término *confirmación* (que significa reafirmar una probabilidad), concepto éste mucho más ajustado a lo que surge y se discute dentro de ese método pacífico de debate dialéctico llamado proceso judicial.

Al razonar de esa manera y gracias a un cambio en el manejo del lenguaje, que por supuesto no es sólo semántico sino que tiene una precisa connotación en el universo del Derecho, se vale del sintagma *serie procedimental* para describir la estructura lógica del proceso. A su vez, y de acuerdo con el planteamiento formulado por el autor en el sentido de que todo litigio parte siempre de la afirmación de un hecho como acaecido en el plano de la realidad social, esa serie procedimental se compone de numerosos actos sucesivos relacionados entre sí que se agrupan en las etapas de afirmación-negación-confirmación-alegación.

En ese orden de ideas, los hechos que afirma el actor en su demanda deben serle dados a conocer al demandado para que en la etapa de negación –y si así lo quiere– éste postule por su lado hechos encaminados a controvertir los que alega su contraparte. Desde luego, unos y otros tendrán que ser analizados<sup>4</sup> por el juzgador con el propósito de encuadrarlos

---

<sup>4</sup> Después que se hayan producido los medios confirmatorios en la etapa que el autor llama de confirmación procesal –y una vez concluida ésta– de inmediato se abre la siguiente etapa, conocida como de alegación o conclusión, en la que por un lado, y respecto del valor de convicción que para ellas tienen los medios rendidos, cada una de las partes trata de convencer al juez de la bondad de su causa, y por otro lado, el juzgador también evalúa esos medios de convicción que fueron producidos dentro del proceso, valiéndose para el efecto de uno de estos dos sistemas: o el de la *prueba tasada o legal*, o el de la *prueba convictiva*, esta última denominada como de la sana crítica.

en una norma jurídica (creada o por crear), de tal suerte que producido ese encuadramiento el juez norme<sup>5</sup> la relación de las partes de modo imperativo.

Naturalmente, y dentro de la preordenada secuencia de cualquier proceso que se tramite bajo el sistema dispositivo, surtidas las anteriores etapas de afirmación-negación,<sup>6</sup> la que sigue es la confirmación, para la cual se abre un procedimiento en el que cada parte ofrecerá los medios encaminados a vencer al juez acerca de la razón que le asiste, y de esa forma “ganar el pleito cuando él lo sentencie”.

Frente a esta última aseveración, con su característico estilo directo, desprovisto de ambages o eufemismos, en una actitud vanguardista que resulta contestataria en estas latitudes, y que –huelga decirlo– va en contravía del movimiento procesal que a nivel de doctrina y jurisprudencia pregona el *solidarismo judicial*, en su texto el autor nos recuerda que “el proceso es lucha en la cual uno pierde y otro gana. Reitero a riesgo de cansar que los contendientes no van ante el juez para tratar de despejar dudas ni para buscar verdad alguna. Van a ganar o, a lo sumo, a evitar perder demasiado. Quien no ve así al proceso no ha litigado jamás y se halla divorciado de la realidad de la vida tribunalicia”.

---

<sup>5</sup> Para el profesor Alvarado el objeto del proceso es la *sentencia*, y en ella el juzgador *norma específicamente* el caso justiciable sometido a su decisión, bien sea aplicando la ley preexistente, o bien sea creándola al efecto en caso de inexistencia.

<sup>6</sup> A la etapa de *negación* se arriba, o porque el demandado introduce hechos por vía de la formulación de sus excepciones, o porque pese a que no controvierta los hechos del demandante (guarde silencio o se allane), aún así los que se discuten deben ser objeto de demostración necesaria. Tienen este último carácter, y por consiguiente deben ser confirmados, aquellos que comprometen al orden público o frente a los que se exige un específico medio de “prueba”.

A propósito del mencionado solidarismo, tan en boga en el derecho procesal penal,<sup>7</sup> y extendido ya al terreno civil, en su obra Alvarado Velloso también se ocupa de este tema y lo critica, porque aun cuando los motivos en que se apoyan todos aquellos que defienden esa postura son fascinantes desde el punto de vista filosófico (ayudar al débil, al pobre, al que se halla mal defendido), en el campo del proceso dicha visión implica que el juez que actúe de esa manera, no obstante estar inspirado en tan loables fines, de inmediato incumple su deber de imparcialidad y ello a su vez conduce al desconocimiento del derecho a la igualdad procesal.

Estas consideraciones resultan de gran trascendencia en un libro que gira en torno a los problemas básicos de la confirmación procesal, puesto que si la ley debe regular el objeto, la fuente, el tema, la incumbencia, los medios y el procedimiento de la confirmación (o de la prueba, para quienes no siguen la terminología del autor), la noción de estándares de prueba y el tener claridad acerca de cuál de ellos es el que se aplica según estemos en presencia de asuntos penales o de otra índole, adquiere una importancia mayúscula si queremos –como es la preocupación de Alvarado– que el derecho procesal se desenvuelva dentro de un auténtico sistema que haga menos subjetivo y por ende azaroso el resultado de un litigio.

Ciertamente, “si un estándar de prueba está constituido por los lineamientos o directrices generales reconocidos por una

---

<sup>7</sup> El *solidarismo penal* es una posición filosófica en la que jueces y doctri-  
nantes, animados de las mejores intenciones, tratan de ayudar con altruismo a  
los demás. Al solidarizarse con la víctima de un delito intentan evitar que ésta  
sea *revictimizada*, lo que ocurriría, por ejemplo, si ella tuviera que enfrentarse  
de nuevo a su victimario.

comunidad experta en una determinada materia”,<sup>8</sup> eso significa que de acuerdo con la epistemología que se adopte o impere en un específico sistema de juzgamiento, lo relativo a la incumbencia de la confirmación o, lo que es lo mismo, determinar a quién le corresponde aportar al proceso la confirmación (o prueba) de los hechos afirmados por una de las partes y negados por la otra, no puede quedar sujeto al caprichoso arbitrio del juzgador de turno que, empecinado con el mito de la consecución de la *verdad* y la *justicia* a toda costa, sorprenda en su sentencia a una de las partes con el argumento de que en virtud de la *ética de la solidaridad* ella ha debido prestar su colaboración para lograr la producción eficiente de un medio cualquiera de confirmación, y que como no lo hizo, pese a haber tenido una mayor “facilidad” o una mejor “posibilidad de probar”, termine asaltándola con un fallo en el que le imponga la condigna e imprevisible decisión.

En relación con este tema hay que dejar en claro que una cosa es el deber que tanto las partes como sus apoderados tienen, en el sentido de “prestar al juez colaboración para la práctica de pruebas y diligencias, a riesgo de que su renuencia sea apreciada como indicio en contra”, tal como lo establece el artículo 71 numeral 6° del Código de Procedimiento Civil colombiano, y otra muy distinta es que se menoscabe la garantía de la defensa en juicio, al sorprender en la sentencia, es decir, justo cuando ya se ha acabado el proceso, a uno de las contendientes (por lo general al demandado) con el argumento

---

<sup>8</sup> Cfr. Puentes, Orlando Enrique, *La doctrina contemporánea sobre la prueba y su aplicación en Colombia*, [tesis de grado inédita a la fecha de este escrito], Maestría en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, p. 123.

de que si bien la contraparte actora no demostró adecuadamente los hechos en que basó su pretensión, ello no tiene mayor importancia en la medida en que él, como demandado, pese a que disponía –según la subjetividad del juez– de mejores medios o facilidades para “probar” en contrario, no lo hizo, y por tanto debe abrirse paso el *petitum* demandatorio.

Ese razonar desbarata la legal y legítima estrategia de defensa de cualquier litigante; hace aún más impredecible la sentencia; genera mayor inseguridad jurídica; erige en facultad lo que no es más que un aspecto subjetivo del juzgador, ya que queda a su exclusiva e interna consideración colegir quién estaba dotado de esas mayores facilidades probatorias y, obviamente, transgrede la garantía constitucional del debido proceso.

A este respecto, menester resulta recordar que en Colombia el estándar de prueba que se aplica para los asuntos penales es, luego de la expedición de la Ley 906 de 2004, el de “más allá de toda duda razonable”, y en lo no penal ese estándar es el de “carga de la prueba”, pues así lo establece el artículo 177 del estatuto procesal civil al decir que “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”.

Por consiguiente, conceptos como el de las “cargas dinámicas probatorias”, que ingresaron a nuestro país por la jurisprudencia del Consejo de Estado y cuyos orígenes son foráneos, aunque estén llenos de buenas intenciones, aun así contravienen expresos textos legales, dislocan el ordenamiento jurídico y asistematizan el proceso judicial.

Desde luego, tales aserciones no desconocen el hecho de que en la Constitución Política de 1991 se consagró la



solidaridad como un principio; sin embargo, en primer lugar, la existencia del mismo no significa que la regla jurídica haya desaparecido y que por tanto ésta pueda ser obviada en su aplicación, y en segundo término, su alcance –como principio y como valor– ha sido definido por la Corte Constitucional principalmente como un deber del Estado que lo obliga a garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a todas las personas, en especial a aquellas que están en condiciones de inferioridad.

Adicionalmente, a propósito de los principios y como resultado del neoconstitucionalismo que ha generado una judicialización exacerbada, cada vez son más frecuentes las decisiones judiciales que con fundamento en la sola principalística pretenden dirimir el litigio sometido a su consideración, abstrayéndose de aplicar –sin dar cuenta razonada de ello y sin seguir metodología alguna– las reglas jurídicas que fueron expedidas por el legislador para solucionar el caso concreto.

En consecuencia, y habida cuenta que dentro de esas reglas se destacan –al ser uno de los pilares fundamentales alrededor del cual gira todo el sistema procesal de la democracia– aquellas que gobiernan al derecho probatorio, en su comentada obra el profesor Adolfo Alvarado Velloso se empeña en explicar, como él mismo dice, los medios de comprobación, de demostración, de acreditación y de convicción, “para terminar sosteniendo que, en cualquiera de todas las hipótesis posibles, el juez debe lograr convicción y, a base de ella, decidir el conflicto normando en consecuencia. Con el agregado de que la única forma de hacerlo es explicando razonablemente todos los motivos que *tuvo in mente* para fallar en un sentido y no en otro”.

Finalmente, para comprender en cabal forma las importantes ideas plasmadas en este magnífico texto que bajo el

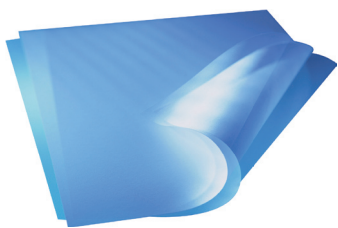
sello de la Editorial de la Universidad del Rosario su autor pone ahora a disposición del público colombiano, sólo resta decir que de acuerdo con su concepción sistémica del proceso, y tal como lo consignó junto con algunos de los exponentes del garantismo procesal en la Moción de Valencia aprobada el 27 de enero de 2006, el juicio es expresión de la certeza del derecho, lo que conceptual y jurídicamente es distinto de la llamada verdad material. Así mismo, el libre convencimiento del juez no puede tener la función de permitir la introducción de modo arbitrario e incontrolado de medios de prueba no previstos por la ley, y pese a que sí importa el resultado de los procesos, esto es, el contenido de la decisión judicial, también importa, y no menos, el camino, el cómo se llega a ese resultado, pues el fin, que es el pronunciamiento concreto en virtud del cual se pretende tutelar el derecho subjetivo, no justifica el desconocimiento de la legalidad procesal, vale decir, del modo que se empleó para arribar a esa decisión.

Gabriel Hernández Villarreal

Director de la Especialización en Derecho Procesal

Facultad de Jurisprudencia

Universidad del Rosario



La presente obra jurídica comienza por dejar en claro que el vocablo *prueba* tiene un carácter multívoco y que en razón a ello se genera equivocidad en el intérprete. En efecto, y como lo destaca el

autor, mientras en un escenario de la más pura estirpe científica esa palabra designa una aseveración incontestable, y por ende no opinable, en otros campos, permeados en mayor o menor medida por un componente de subjetividad del que carece aquél, la misma palabra puede significar acreditación, verificación, comprobación o convicción, no obstante que cada una de ellas tiene un alcance distinto que en rigor no permite estimarlas como sinónimas.

Precisamente y debido a esa circunstancia el profesor Alvarado Velloso se abstiene de emplear la palabra prueba, y en su lugar acude al término *confirmación* (que significa reafirmar una probabilidad), concepto éste mucho más ajustado a lo que surge y se discute dentro de ese método pacífico de debate dialéctico llamado proceso judicial.

